

El Derecho del Trabajo ante los nuevos modelos organizativos y el emprendimiento

María Antonia Castro Argüelles
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo
mcastro@uniovi.es

Abstract: En estas líneas se recogen unas reflexiones sobre los cambios del sistema productivo que han abierto la puerta al emprendimiento y favorecido el aumento de las pymes. Unas figuras (emprendedores, pymes) que, pese a incluir formas de autoempleo de muy distinto recorrido, tienden a tratarse por las políticas de empleo como categorías únicas. El objetivo ha sido plantear algunas cuestiones relacionadas con la incidencia que esos nuevos modelos organizativos parecen estar teniendo en las relaciones de trabajo, y hacer un breve repaso de las respuestas que hasta el momento ha dado el legislador para adaptar la regulación a las nuevas formas de trabajo.

SUMARIO: *1. Los cambios en los modelos organizativos, la nueva oferta de servicios y la reducción del tamaño de las empresas.- 2. La necesidad de alguna precisión conceptual en las medidas de fomento del autoempleo y de las pymes.- 3. El Derecho del Trabajo ante los cambios en el sistema productivo.- 4. Otras fórmulas legales para el emprendimiento y el autoempleo.- 5. El futuro del trabajo asalariado.*

Una de las cuatro “conversaciones” propuestas por la iniciativa del centenario de la OIT, relativa al futuro del trabajo, incide sobre el ámbito de “la organización del trabajo y la producción”. Su presentación destaca la incidencia que la creciente globalización de las economías unida a la propia evolución tecnológica, están teniendo en la manera de organizar el trabajo y la producción¹. Las opciones son, a su vez, muy diversas y plantean problemáticas de lo más variadas, pero, en todo caso, traen como consecuencia una reducción del tamaño de las empresas, en atención al número de trabajadores, y el incremento de formas de colaboración empresarial que evitan la contratación laboral directa y, a cambio, favorecen el autoempleo y el emprendimiento. Una primera aproximación a esta realidad nos ha sugerido el planteamiento de las siguientes cuestiones.

1. Los cambios en los modelos organizativos, la nueva oferta de servicios y la reducción del tamaño de las empresas

Con la finalidad simplificar la gestión, cada vez es más frecuente que las empresas transfieran actividades y recursos, de manera que se limiten a gestionar las actividades dominantes, encomendando las restantes a “marcos más especializados” que pueden ser tanto unidades más autónomas (empresas independientes) como empresas pertenecientes al mismo grupo. En algunos casos, este proceso de descentralización ha dado lugar a “empresas en red, en las que la actuación económica no está tanto en la empresa, sino en cada uno de los proyectos en que esta colabora”², lo que, a su vez, puede implicar una preferencia por determinadas modalidades de contratación laboral (contrato de obra o

¹ Memoria del Director General, Informe 1 “La iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo”, Conferencia Internacional de Trabajo, 104ª, reunión, 2015, (ILC.104/DG/I) p.14

² Sobre el tema, A. Ojeda Avilés, “La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo”, *REDT*, nº111, 2002, p. 334.

servicio determinado), siempre temporales³. En otros supuestos se opta por formas de colaboración, que suponen una prestación personal de servicios a través de contratos de actividad⁴, al margen por tanto del contrato de trabajo. En esta línea, las nuevas tecnologías parecen haber propiciado el aumento del número de empresas que pueden llegar a externalizar la totalidad de su prestación de servicios a través de trabajadores autónomos que asumen tareas independientes, de corta duración, con amplio margen de libertad y utilizando medios de producción propios⁵.

A estas opciones se une la posibilidad de las empresas de eludir la expansión directa de sus negocios, a través de sucursales o filiales, optando por otras fórmulas de descentralización (franquicia⁶, concesión⁷) que, sin arriesgar el capital, permiten a las empresas que descentralizan mantener cierto control respecto de la empresa que asume la actividad⁸.

³ J. M. Galiana Moreno, “Crisis del contrato de trabajo”, op. cit., p. 60, F. Cavas Martínez, “Diversificación versus uniformidad en el Derecho del Trabajo”, REDT nº63, 1994, p. 71 y ss. M^a C. López Anioarte, *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum, 2003, p. 61.

⁴ Bajo esta calificación pueden incluirse contratos muy heterogéneos, como el contrato de arrendamiento de servicios, el contrato de ejecución de obra, el contrato de agencia y los llamados «contratos de gestión» específicamente referidos a la gestión de intereses ajenos, entre los que figura el contrato de mandato; todos ellos modalidades de contrato que, dicho sea de paso, tradicionalmente se han utilizado, como término de comparación, para delimitar las fronteras del contrato de trabajo. Sobre el tema, J. Luján Alcaraz, *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, 1994, p. 39. J. Sole Resina, *Los contratos de servicios y de ejecución de obras. Delimitación jurisprudencial y conceptual de su objeto*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.99.

⁵ A. Ginés i Fabrellas, “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk”, *RDSyE*, nº 6, 2016, p. 64.

⁶ Ya la STS 27 de septiembre de 1996 (RJ 6646) definió el contrato de franquicia como el celebrado entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial y comercial o de prestación de servicios, contra entrega por éste de una contraprestación económica. Sobre el tema, M.A. Domínguez García, “El contrato de franquicia” en Bercovitz Rodríguez-Cano (dir), *Contratos mercantiles*, Pamplona, 2001, p.303. A de la Puebla Pinilla, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía. Aspectos Laborales*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 128 y ss.

⁷ El contrato de concesión mercantil ha venido a dar cobertura jurídica a una serie de procedimientos de venta o de distribución en el mercado. Con este tipo de contrato un fabricante busca vender los productos por él fabricados al concesionario, manteniendo sobre éste un control que le permite imponer el precio de reventa y las condiciones de la misma. Este poder de control tiene como finalidad proteger el prestigio de la marca. De esta forma, el fabricante está poniendo en marcha un procedimiento que le permita la distribución y venta de los productos en el mercado, reduciendo actividad y gastos gracias, entre otras medidas, a la colaboración del concesionario en los gastos de comercialización y publicidad. Sobre el tema, T. Puente Muñoz, *El contrato de concesión mercantil*, editorial Montecorvo, 1976, p.25. E. Chuliá Vicent y T. Beltrán Alandete, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos II*, Bosch, 1995, p. 333 y ss.

⁸ Téngase en cuenta que, por ejemplo, el control del franquiciador sobre el franquiciado puede alcanzar a aspectos tales como el tipo de trabajadores que deben emplearse, número de éstos, tipos de contratos o de formación que ha de recibir aquellos (que puede a su vez ser asumida por el propio franquiciador). En este sentido, J.I. Los tratos preliminares en el contrato de franquicia, Aranzadi, 2000, p.192. Por su parte, A. Hernando Jiménez, *El contrato de franquicia de empresa*, civitas, 2000, p. 494, hace referencia a la incorporación de la organización del franquiciado en la estructura empresarial del franquiciador “sin que por dicha integración pierda el primero su individualidad –como persona física o jurídica independiente– dentro de la red del sistema creado”. Algo similar ha sucedido con los contratos de concesión en los que cabe la posibilidad de que se incluyan en el contrato pactos, de naturaleza variada, a través de los que el concedente se reserva la posibilidad de intervenir en la organización de la actividad de venta de la empresa, de manera que a través de estas cláusulas puede el concedente llegar a obligar a que el concesionario tenga un número determinado de empleados (el que estime conveniente el concedente), o a que éstos sean elegidos

Se trata, como se acaba de decir, de fórmulas muy variadas que han permitido reducir las dimensiones de la empresa para reducir los costes fijos de plantilla y los riesgos empresariales, sin perder el control del factor trabajo⁹. Las empresas que optan por estos modelos de organización buscan también una más fácil adaptación a las exigencias de la flexibilidad y cambio constante que impone un mercado cada vez más competitivo e internacionalizado¹⁰. Por ello, estas decisiones empresariales han sido asumidas como una opción lícita del proceso productivo¹¹, y no como una vía de defraudación¹².

Estos fenómenos no son nuevos¹³, por más que las nuevas tecnologías hayan planteado nuevas formas de colaboración empresarial, hasta ahora desconocidas¹⁴, y previsiblemente sigan haciéndolo. En realidad, desde finales del siglo XX se ha asistido a un progresivo avance de esas estrategias empresariales, con la finalidad de aumentar la productividad y la competitividad de la misma. En concreto, por razones que algunos vincularon, de un lado, a las restricciones a la contratación temporal y las limitaciones legales al despido, y, de otro, a las exigencias salariales y de Seguridad Social, se puso en marcha un cambio de los valores empresariales que se tradujo en una apuesta por la desconcentración productiva, la externalización de tareas y la subcontratación de actividades¹⁵.

No obstante, también ha habido otros motivos que explican las decisiones empresariales que se han adoptado en este sentido. Por una parte, la incertidumbre del entorno competitivo, ante lo cual muchas empresas han preferido subcontratar para disponer de más flexibilidad a la hora de aprovechar oportunidades de negocio. Y por la otra, el surgimiento de empresas especializadas en servicios de todo tipo que, hasta ese momento, debían ser organizados internamente, al no haber otra opción. En definitiva, que las empresas hayan optado por descentralizar determinadas actividades puede explicarse sencillamente porque ha ido surgiendo una oferta de servicios empresariales que lo ha hecho posible.

de acuerdo con determinados conocimientos profesionales. Incluso es posible que se obligue a que los empleados del concesionario lleven a cabo cursillos de especialización que la empresa concedente crea oportunos, de acuerdo con las necesidades de la planificación de la venta. Sobre el tema, T. Puente Muñoz, *El contrato de concesión mercantil*, Montecorvo, 2002, p. 159.

⁹ M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, “El Derecho del Trabajo a fin de siglo”, *RL*, II-1999, p. 86.

¹⁰ M^a.C López Aniorte, *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum 2003, p. 63.

¹¹ A. Montoya Melgar, “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *REDT*, n^o 91, 1998, p.721. Sobre la noción de contrato de actividad, J.M. Galiana Moreno, “Crisis del contrato de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n^o2, 1998, p. 60.

¹² Según F. Cavas Martínez, “Diversificación versus uniformidad en el Derecho español del Trabajo”, *REDT*, n^o63, 1994, p. 73.

¹³ A. Supiot, “Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n^o5, 2016, p. 500, recuerda como hace 20 años la Comisión Europea encargó a un grupo de investigadores la elaboración de un informe sobre “las transformaciones del trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo.

¹⁴ P. Auvergnon, “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral”, *RDSyE*, n^o 6, 2016, pp. 25 y ss.

¹⁵ Sobre el particular, J. Rivero Lamas, “Proyecciones de la descentralización productiva: instrumentación jurídico-laboral” en J. Rivero Lamas (dir) y A.L. de Val Tena (coord) *Descentralización productiva y responsabilidad empresarial. El “Outsourcing”*, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 28 A. González González, “La descentralización productiva. Algunos comentarios desde la perspectiva sindical”, *Descentralización productiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, p. 226. A. Ojeda Avilés, “La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo”, *REDT*, n^o111, 2002, p. 334.

Estas otras razones no deberían pasarse por alto a la hora de entender y asumir que el proceso no tiene marcha atrás, pese a que con el nuevo marco legal, resultado de las reformas laborales llevadas a cabo en los últimos años, la “rigidez” de la fuerza de trabajo se haya atenuado considerablemente¹⁶.

Estos cambios en los modelos organizativos de las empresas han contribuido a alterar su fisonomía, reduciendo su tamaño medio, en cuanto al número de trabajadores en régimen laboral con que cuentan. Por lo tanto, se trata de fenómenos interconectados. Buena parte de las razones que permiten entender la expansión de esas otras fórmulas de colaboración empresarial, que en muchos casos han abierto la puerta al autoempleo y al emprendimiento, explican también el incremento de pequeñas empresas.

Ahora bien, que las empresas tiendan a reducir su dimensión atendiendo al tamaño de su plantilla no significa necesariamente que lo estén haciendo, o que lo deban hacer, en cuanto a su volumen de negocio. En efecto, aunque parece existir una propensión a reducir la complejidad interna de la empresa, no parece lógico pensar que, con ello, el empresario desea autolimitar el crecimiento de su volumen de negocio si implica un aumento de su rentabilidad.

El número de trabajadores en régimen laboral empleados en la empresa es sólo uno de los posibles parámetros para medir su tamaño. Es el criterio que hasta ahora ha utilizado la normativa laboral, sin duda porque es el más adecuado cuando se ve la empresa como una organización de prestaciones laborales¹⁷. Sin embargo tal vez debiera someterse a revisión si como consecuencia de los cambios en los modelos organizativos esas otras formas de colaboración en la empresa y de empleo independiente ganan protagonismo.

En todo caso, parece necesario que se precise el criterio que se está utilizando para medir el tamaño de la empresa, por ejemplo, cuando se afirma que la creación de empleo precisa una “auténtica reforma empresarial en España, con empresas más grandes, más competitivas y más innovadoras”¹⁸; o cuando se mantiene, como ha hecho la UE, que “el apoyo a las PYME y la promoción del espíritu emprendedor son la clave para la recuperación económica”¹⁹.

2. La necesidad de alguna precisión conceptual en las medidas de fomento del autoempleo y de las pymes

A la vista de los cambios descritos, también habría que plantearse la revisión del criterio tradicional que se viene utilizando desde el Derecho del Trabajo para clasificar a las

¹⁶ A. Supiot, “Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº5, 2016, p. 510, hace referencia a como en el contexto de globalización y “guerra de la competitividad” el derecho del trabajo es visto como único obstáculo para la realización del derecho al trabajo.

¹⁷ A. Martín Valverde, F. Rodríguez-Sañudo, J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, vigésimo quinta edición, Tecnos, 2016, p. 235.

¹⁸ Términos utilizados por A. Vaquero Gallego, “La necesaria reforma empresarial”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2016, p. 235. Una idea que parecen compartir los economistas, que han visto en el tamaño de la empresa un inconveniente a su internacionalización. Según E. García-Canal, The international expansion of Spanish firms: Strengths and weaknesses. *SEFO - Spanish Economic and Financial Outlook. FUNCAS*, 2(6), 2013, p. 74, las empresas medianas y grandes tienen más capacidad para competir en los mercados internacionales y son más productivas que las pequeñas. Pero no está claro que el número de trabajadores sea el único indicador que se tiene en cuenta para clasificar las empresas como empresas pequeñas.

¹⁹ Según el documento de la Comisión Europea “Empresa. Una nueva revolución Industrial” de 2014, p. 14, disponible en https://europa.eu/european-union/file/478/download_es?token=EVcZSbTC

empresas según su tamaño, a los efectos de la aplicación de las medidas de fomento del empleo y, especialmente, de aquellas que pretenden compensar algunos de los riesgos vinculados al emprendimiento. Estas medidas pretenden servir de apoyo a pymes y emprendedores, pero ¿deben beneficiar a unos y otros en igual medida, sin distinción sobre la clase de pymes o de emprendedores de qué se trata²⁰?

Esa opción puede ser discutible, por ejemplo, cuando se trata de pymes que han elegido el tamaño de su plantilla precisamente recurriendo a otras formas de contratación alternativa a la contratación laboral directa; pero se trata de empresas que en atención a su volumen de negocio y a su trayectoria pueden considerarse consolidadas. Cabe pensar que este tipo de empresas contratarán a los trabajadores que necesitan y cuando lo necesitan con independencia de las medidas de fomento de empleo.

Por ello, es dudoso que se deba utilizar el mismo criterio cuando se trata de medidas referidas a la gestión de la mano de obra, que de medidas de fomento del empleo o incluso de formación profesional²¹.

Algo similar podría decirse respecto del emprendimiento, pues se tiende a englobar en una única categoría a “autoempleados” muy diferentes²². No es lo mismo el autoempleo que soluciona el problema de desempleo de otras personas, que el que sólo resuelve el propio. En definitiva, en un contexto en el que se defiende la promoción del espíritu emprendedor como una de las claves de la recuperación económica, cabe preguntarse si las medidas con que llevar a cabo esa promoción deber ser las mismas cuando los proyectos empresariales no tienen la misma entidad y alcance, al menos desde el punto de vista del empleo que se crea.

Si se introdujeran las correspondientes precisiones, tal vez quedasen salvados los recelos que parece haber suscitado, desde algunos sectores, el apoyo al emprendimiento con medidas que flexibilizan el acceso a la contratación laboral y se aplican a emprendedores individuales o colectivos y pymes²³.

3. El Derecho del Trabajo ante los cambios en el sistema productivo.

²⁰ En España, encontramos medidas referidas a autónomos y emprendedores en las principales leyes que se han aprobado en los últimos tiempos, entre otras, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que introdujo el contrato de apoyo a emprendedores; la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. La razón aparece en el preámbulo de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, “en España el tejido productivo está compuesto fundamentalmente por trabajadores por cuenta propia y por pequeñas y medianas empresas”..

²¹ Como señala E.M. Blázquez Agudo, *El sistema de formación profesional para el empleo: hacia la creación de un derecho laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p.127, en materia de formación para el empleo se ha apostado por el apoyo a las pymes siguen utilizando el número de trabajadores como criterio.

²² Sobre estas cuestiones, E. García-Canal, “¿Compensa ser emprendedor?”, *Observatorio de las ideas*, nº 13, 2014, pp. 6 y ss, en el que se comenta el trabajo de R. Levine y Y. Rubinstein, «Smart and Illicit: Who Becomes an Entrepreneur and Does it Pay?», *Working Paper* 19276, National Bureau of Economic Research (NBER), septiembre de 2013. Disponible en <http://businessinnovation.berkeley.edu/WilliamsonSeminar/rubinstein120513.pdf>.

²³ Baste ahora recordar las dudas que en nuestro país provocó el contrato de apoyo al emprendedor que incorpora un periodo de prueba de un año. La cuestión fue resuelta por el TC, Sentencias 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero 140/2015, de 22 de junio de 2015, para el que esa duración prolongada no infringe el derecho al trabajo.

Como se apuntaba en el primer apartado, los efectos que los cambios en la organización del trabajo y la producción pueden tener sobre la empresa, entendida como “organización de prestaciones laborales”, no es una cuestión nueva. Al contrario, llevamos dos décadas hablando del futuro del Derecho del Trabajo y alertando sobre los cambios que ha sufrido la organización empresarial²⁴, en un contexto económico-productivo que, ya entonces, se caracterizaba por la globalización de los mercados, la progresión imparable de las tecnologías y la expansión del sector servicios. Estas circunstancias condujeron a un cambio en las estructuras empresariales y en la forma de organización del trabajo, y como consecuencia de ello en las relaciones de trabajo²⁵.

El cambio se recibió con cierto recelo en cuanto esta nueva concepción de las estructuras organizativas parecía implicar, como se ha dicho ya, una preferencia por determinadas modalidades de contratación laboral; al tiempo que planteaba algún problema de indefinición de fronteras de la empresa²⁶. No sin cierta dosis de exageración se decía también que este fenómeno había llevado a una “transformación del empleo subordinado en empleo autónomo”²⁷. Una modificación que no llegó a producirse, tal vez porque simultáneamente se llevó a cabo una progresiva flexibilización de las notas que caracterizan al trabajador asalariado, en particular del concepto de dependencia, lo que, a su vez, permitió la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a nuevas categorías de trabajadores y a nuevas actividades²⁸.

Probablemente esa tendencia a la ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo a nuevas categorías de trabajadores y a nuevas actividades, explicase también el interés que suscitaron, en la doctrina iuslaboralista²⁹, las nuevas formas de contratación que entraban en escena, junto al tradicional contrato de trabajo, como consecuencia de la descentralización productiva. A los estudiosos del Derecho del Trabajo les preocupaban -y les siguen preocupando- las implicaciones laborales que pueden plantearse³⁰, especialmente ante la dependencia funcional que, en algunos casos, puede surgir cuando la empresa que asume la actividad se integra en la organización empresarial que

²⁴ F. Pérez de los Cobos Orihuel, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo Blanch 1990, p. 19. J. Cruz Villalón, “Outsourcing y relaciones laborales”, VV.AA. *Descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 259 y ss. M.L. Molero Marañón, “Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral”, *Actualidad Laboral*, nº7, 2001, pp. 25 y ss.

²⁵ F. Casani Fernández de Navarrete, “La descentralización productiva y la realidad económica”, en VV.AA.: *Descentralización productiva*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, p. 189.

²⁶ B. Arruñada, *Economía de la Empresa: un enfoque contractual*, Ariel Economía 1990, p. 175.

²⁷ E. Revilla Esteve, *La Noción de Trabajador en la Economía Globalizada*, Aranzadi Social, 2003, p. 278. S. del Rey Guanter y C. Gala Durán, “Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”, *RL*, nº7/8, 2000, p.66. VV.AA. *Empleo autónomo y empleo asalariado. Análisis de las características y comportamiento del autoempleo en España*, MTAS, 2004. U. Romagnoli, “Globalización y Derecho del Trabajo”, *RDS*, nº5, 1999, p. 10.

²⁸ Según A. Ojeda Avilés, “Saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del trabajo”, cit., p. 343, el Derecho del trabajo ha iniciado la colonización de otros ámbitos distintos al tradicionalmente suyo, del contrato de trabajo, expandiéndose por los terrenos propios del Derecho Civil, Mercantil y Administrativo, de una manera distinta a la que en otros tiempos hiciera hablar del carácter expansivo de la legislación social. Sobre el tema, W. Sanguinetti Raymon, *Contratos de trabajo y nuevos sistemas productivos*, ARA, Editores, Lima 1997, p. 57. A este fenómeno ha hecho referencia F. Martín Puebla, *El trabajo autónomo económicamente dependiente*, Tirant lo blanch, 2012, p.19.

²⁹ Como analizamos en M.A. Castro Argüelles, *Formas alternativas de contratación del trabajo: de los contratos de actividad a la descentralización productiva*, Thomson Aranzadi, 2007.

³⁰ S. del Rey Guanter y C. Gala Durán, “Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia”, *RL*, nº 7/8, 2000, p.79

descentraliza³¹. Les ha interesado también contrastar el régimen jurídico de esos contratos con el del contrato de trabajo, con el fin de comprobar, de un lado, las ventajas que para la empresa pueda tener optar por estas otras fórmulas contractuales; y, de otro, las condiciones de los trabajadores asalariados que siguen estando implicados en esos “complejos fenómenos de cooperación interempresarial”³².

Algo similar está sucediendo, en los últimos tiempos, con las formas de colaboración que plantean las empresas tecnológicas prestadoras de servicios y las plataformas digitales que, *a priori*, se limitan a poner en contacto prestadores de servicios y clientes. También al respecto se ha vuelto a dar la voz de alarma, advirtiendo que estas formas de trabajo pueden suponer una “huida del Derecho del Trabajo”. Sin embargo, no está claro que esto sea así. Sin ir más lejos, no es exacto decir, al menos en todos los casos, que se trata de servicios que antes fueran prestados por trabajadores por cuenta ajena, por cuanto se trata de servicios diferentes, en cuya prestación no es fácil identificar las notas que han caracterizado al trabajador asalariado. Con las nuevas tecnología emergen nuevos empleos y perfiles profesionales, que requieren el dominio de estas tecnologías, que no necesariamente han de desarrollarse en las condiciones “tradicionales”. Otro tema es que quienes los ocupan precisen de algún tipo de protección frente a la empresa, que el ordenamiento jurídico no ofrece.

De nuevo, en este y otros fenómenos de descentralización productiva, la ausencia de una regulación detallada se ha traducido en un intento doctrinal y en algunos casos también judicial por establecer más implicaciones laborales de las que probablemente puedan defenderse con un apoyo normativo sólido, en un afán de introducir ciertas garantías para los trabajadores que puedan verse implicados en estas relaciones interempresariales³³. La solución puede no tener que estar en el Derecho del trabajo, lo que no significa que las

³¹ Así, siguiendo con el ejemplo de las franquicias existe una innegable dependencia funcional consecuencia de la integración de la empresa del franquiciado en la estructura organizativa de la franquicia, J.A. Echebarría Sáenz, *El contrato de franquicia*, MacGraw Hill, 1995, p. 204. Así ha sucedido a propósito de la aplicación de la Ley 10/1997, de 24 de abril, que regula los derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas y dimensiones comunitaria, lo que supondría el reconocimiento de los derechos laborales contenidos en la misma también a los trabajadores de la franquicia, en concreto, la constitución de un Comité de empresa a nivel europeo de todo el grupo, siempre que se cumplan los requisitos del art. 3 de la Ley 10/1997, y la red de franquicias en cuestión presente una dimensión internacional. Claro que para que ello sea así es preciso demostrar que tras esa modalidad de franquicias existe propiamente un grupo lo que a su vez se presenta como el principal inconveniente, habida cuenta del escaso reconocimiento normativo del concepto de grupo de empresas; carencia normativa que se manifiesta también en el ámbito laboral.

³² J. Galiana Moreno, “Prólogo”, a M^a.C. López Aniorte, *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum, 2003, p.13. Mucho antes sobre estas cuestiones J. Cabrera Bazán, “Ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo”, *RPS*, n^o 71, 1966, p. 43.

³³ En esta línea se enmarca, por ejemplo, el intento de identificar el contrato de franquicia y la posible sucesión en la franquicia con un supuesto de transmisión de empresa. Todo ello, sin perjuicio de que existen muchas modalidades de franquicia y en algunas de ellas puede haber situaciones de encubrimiento de verdaderas relaciones laborales entre ambos. Por ejemplo, en determinados supuestos de franquicias verticales en las que el franquiciador es un mayorista y el franquiciado un minorista que vende el producto (franquicia de distribución). Habrá que estar en cada caso a determinados indicios como el nivel de control por parte del empresario principal, la cuantía del capital invertido o su poder real para captar nuevos clientes. Sobre estos temas, A. de la Puebla Pinilla, *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía. Aspectos Laborales*, Aranzadi, 2005, p. 136. Para A. Ojeda Avilés “La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo”, *REDT*, n^o 111, p. 335, hay supuestos de franquicias en las que el franquiciado “probablemente ha de considerarse ...un falso autónomo”.

situaciones que precisan protección, como acaba de decirse, no deban identificarse y ser atendidas por el ordenamiento jurídico³⁴.

A la hora de valorar los pasos que se han dado -o dejado de dar- al respecto, ha de tenerse en cuenta que la crisis económica, sufrida en los últimos años, probablemente también ha condicionado la evolución del proceso descrito y, al mismo tiempo, la respuesta del legislador. Sin ir más lejos, es claro que las intervenciones del legislador laboral se han centrado en dotar de una mayor flexibilidad al marco legal e institucional en el que se desarrollan las relaciones laborales, con reformas que se han movido en la línea propuesta por la UE, orientadas a simplificar la contratación laboral; llevar a cabo un ajuste salarial; reducir los costes de despido; adaptar a la empresa los procesos de negociación colectiva; y apostar por una política más activa de formación y de empleo que impulse actividades de formación para los trabajadores en la empresa, que faciliten la polivalencia funcional y por tanto su movilidad funcional. En definitiva, el objetivo ha sido proporcionar al desarrollo de la actividad empresarial capacidad de adaptación para facilitar una adecuación flexible de la gestión de los recursos humanos en la empresa, tanto a la situación económica como a los cambios del mercado.

Buena parte de estos cambios normativos han estado más dirigidos a facilitar la adaptación de las empresas laboralmente tradicionales, para que puedan seguir siendo competitivas, facilitando su “reconversión”. Pero, precisamente por ello, no dan respuesta a todos los retos a los que las “nuevas” empresas se enfrentan.

No obstante, en la última reforma laboral de 2012 se introdujo una regulación del trabajo a distancia, mediante una “actualización” del antiguo “contrato a domicilio”, con la que se pretendía proporcionar una mayor flexibilidad en la organización del trabajo. El objetivo era, según el preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral con garantías para los trabajadores. Según esta Ley, el teletrabajo constituye “una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar”. Para ello se modificó la ordenación del tradicional trabajo a domicilio para dar acogida, mediante una regulación de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías.

La fórmula por la que se ha optado en la legislación española (art. 13 ET) define el “trabajo a distancia” como “aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderantemente en el domicilio de trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. Lógicamente, para que resulte de aplicación esta regulación será preciso que se den las notas definitorias del contrato de trabajo (voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución), cuya apreciación en supuestos como el teletrabajo no ha estado exenta de

³⁴ Tampoco han faltado propuestas de un “estatuto más allá del empleo”, A. Supiot, “Las vías de una verdadera reforma del Derecho del Trabajo”. *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2016, p. 512, para quien ese estatuto se centraría en atender el estado profesional de la persona que podría englobar todas las formas de trabajo, desde la formación inicial hasta la jubilación. Ofrecería garantías de vida al trabajador cualquiera que sea el tipo de empleo.

dificultades³⁵. Pero, sólo si se aprecian las notas se entenderá que concurren los elementos que caracterizan una relación a distancia.

La incorporación de esa referencia a que la actividad “se realice preponderantemente” en el domicilio o lugar elegido por el trabajador, de modo alternativo a su desarrollo presencial, ha ampliado el concepto legal para incluir tanto el trabajo a distancia exclusivo como el que combina trabajo presencial y trabajo a distancia, siempre que este sea predominante respecto de aquél; pero también ha introducido dosis de incertidumbre³⁶. De otro lado, no está claro que la regulación que se ha hecho del contrato a distancia permita dar cobertura a las relaciones de prestación de servicios en empresas virtuales, cuya creación puede suponer otro medio para impulsar el crecimiento económico y del empleo. Son muchas las cuestiones que se plantean referidas no solo al tipo de contrato que se ha de formalizar sino también a la delimitación de cuándo los servicios que se prestan para una empresa virtual reúnen las notas que lo convierten en un trabajo asalariado³⁷. Este es un ámbito de prestación de servicios que va a precisar de una mayor atención jurídica.

Por otra parte, es evidente que la incorporación de tecnologías de la información y la comunicación aumenta las posibilidades de trabajar a distancia. Desde esta perspectiva se ha afirmado que “permiten conciliar mejor las responsabilidades profesionales y familiares estableciendo un equilibrio más satisfactorio entre la vida laboral y la vida personal, lo cual podría beneficiar principalmente a las mujeres”³⁸. Sin embargo, que esta forma de trabajo –como también ha sucedido con el trabajo a tiempo parcial- se ponga en relación con las mujeres “principalmente”, la convierte en un peligro para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aunque solo sea porque contribuye a consolidar la idea, que debería estar ya erradicada, de que son las mujeres quienes precisan medidas de conciliación, cuando esa necesidad recae sobre cualquier trabajador que tenga responsabilidades familiares, con independencia de su sexo.

4. Otras fórmulas legales para el emprendimiento y el autoempleo

Con la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, en nuestro país, se llevó a cabo la regulación del trabajo autónomo, precisamente para adaptarlo a nuevas figuras, tan heterogéneas, “como los emprendedores, personas que se encuentran en una fase inicial y de despegue de una actividad económica o profesional, los autónomos económicamente dependientes, los socios trabajadores de cooperativas y sociedades

³⁵ J. F. Lousada Arochea y R. P. Ron Latas, “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en L. Mella Méndez (ed.) y A. Villalba Sánchez (coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p.33.

³⁶ L.E. de la Villa Gil, “Trabajo a distancia”, en J.M.Goerlich Peset (coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo blanch, 2016, p. 311.

³⁷ Sobre “las lagunas de la regulación”, J. F. Lousada Arochea y R. P. Ron Latas, “Una mirada periférica al teletrabajo, el trabajo a domicilio y el trabajo a distancia en el derecho español”, en L. Mella Méndez (ed.) y A. Villalba Sánchez (coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p.45.

³⁸ En estos términos. Memoria del Director General, Informe 1 “La iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo”, Conferencia Internacional de Trabajo, 104ª, reunión, 2015, (ILC.104/DG/I) p.15. Sobre las ventajas e inconvenientes del teletrabajo, J. C. García Quiñones, “La organización del tiempo de trabajo y descanso y la conciliación en el teletrabajo”, en L. Mella Méndez (ed.) y A. Villalba Sánchez (coord.), *Trabajo a distancia y teletrabajo. Estudios sobre su régimen jurídico en el derecho español y comparado*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 147.

laborales o los administradores de sociedades mercantiles que poseen el control efectivo de las mismas”. La Ley 20/2007 se convertía así en la “norma básica de referencia”, sin perjuicio de que resulte de aplicación la normativa específica de los contratos particulares que se formalicen en la empresa, que deberá aplicarse en todo caso³⁹; y sin perjuicio también de que, con apoyo en la disposición adicional primera del ET, sean de aplicación algunas leyes laborales

De esta forma se ha optado por la regulación de un régimen profesional propio del trabajador autónomo, que incluye la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, a mitad de camino del trabajador autónomo ordinario y del trabajador asalariado⁴⁰. De todas las fórmulas posibles, se ha preferido mantener a esta particular figura fuera del campo de aplicación del Derecho del Trabajo, lo que probablemente ha supuesto un cambio de aquella tendencia expansiva del Derecho del Trabajo a la que se ha hecho referencia.

La Ley 20/2007 resulta de aplicación también a los socios trabajadores y de cooperativas y sociedades laborales que tienen por objeto proporcionar empleo a sus socios. Estas entidades cuentan desde hace años con una regulación específica, en la que, por cierto, no faltan influencias de las normas laborales. A estas formas de autoempleo colectivo les es de aplicación la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social. El objetivo de la Ley ha sido ofrecer un marco regulador común de cada una de las entidades que conforma el sector y de las medidas de fomento de empleo que les son aplicables; sin sustituir la normativa vigente⁴¹.

En cualquier caso estas soluciones normativas no dan respuesta a todas las cuestiones que afectan a las nuevas formas de prestación de servicios, ni han resuelto todos los problemas que plantean aquellas que regulan. Por ello, se sigue hablando de la necesidad de que la ley laboral delimite con mayor nitidez las fronteras del contrato de trabajo, para identificar a “los falsos autónomos”; o de que el marco legal no ignore realidades de plena actualidad “que rompen la concepción tradicional del tiempo y el lugar de trabajo y afectan a elementos de las nuevas formas de prestación de servicios no reguladas –o reguladas

³⁹ F. Valdés Dal-Ré, “El marco jurídico general de la LETA”, en J: Cruz Villalón y F. Valdés Dal-ré, (dirs), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, p. 39.

⁴⁰ J. Pérez Rey, *El régimen profesional del trabajo autónomo económicamente dependiente: novedades legales y jurisprudenciales*, Bomarzo, 2016, p. 11.

⁴¹ Esta regulación se ha visto afectada por la aprobación de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social. Esta Ley ponía en evidencia que la aplicación en la práctica de algunos de los preceptos contenidos en las leyes anteriores “ha demostrado la existencia de diversos aspectos cuya regulación es ineficaz o susceptible de mejora o desarrollo”. Sin embargo las intervenciones del legislador se han centrado en aspectos concretos. La Ley se limita a actualizar la normativa del trabajo autónomo incorporando la autorización a los trabajadores económicamente dependientes para la contratación de trabajadores por cuenta ajena en aquellos supuestos en los que la interrupción de la actividad por causas vinculadas a la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar pudiese ocasionar la resolución del contrato de su cliente. De esta forma se ha pretendido subsanar la falta de protección en estas situaciones y al mismo tiempo resaltar la “capacidad auto-organizativa” de estos trabajadores “dando un paso más en su diferenciación respecto del trabajador por cuenta ajena. La Ley 31/2015 se propone a su vez unificar el conjunto de medidas de fomento del trabajo autónomo y proceder a la modificación de las medidas de fomento del autoempleo a través de las prestaciones de desempleo. Respecto de la Ley 5/2011 lo que se hace es modificar esta Ley para incluir incentivos a la contratación de personas que, por su situación tengan un menor índice de acceso al mercado de trabajo.

marginal o inadecuadamente- en la regulación laboral vigente (nuevas formas de trabajo y de organización empresarial)”⁴².

6. El futuro del trabajo asalariado y la formación para el empleo

Pese a los cambios producidos, y que seguramente se seguirán produciendo con la evolución de las nuevas tecnologías, hay razones para pensar que estos cambios no tienen por qué suponer la desaparición del trabajador por cuenta ajena. Al contrario, el trabajador asalariado puede seguir siendo una pieza importante, aunque conviviendo con otras formas de trabajo en la empresa, en esa “nueva revolución industrial”⁴³, que se ha marcado como objetivo la Unión Europea⁴⁴; al menos mientras la empresa siga “siendo la unidad primordial de trabajo y de producción”⁴⁵.

Cuestión distinta es que haya que asumir y compartir que ese trabajo por cuenta ajena debe de ser en todo caso productivo y útil para la empresa⁴⁶, lo que en buena medida dependerá, de un lado, de la puesta en marcha de políticas que mejoren el entorno empresarial y el acceso a la financiación para la innovación; y de otro, de la fuerza de trabajo, en concreto, de su capacidad, fundamentalmente en términos de cualificación y actualización profesional, para adaptarse a las necesidades del mercado⁴⁷. Se ha dicho que “cuando el trabajo es muy cualificado la propia empresa puede estar interesada en conservar a sus asalariados”⁴⁸. Por ello, habrá que orientar todos los esfuerzos para que los trabajadores tengan las competencias que necesita esa “nueva” industria.

En este escenario adquiere importancia la necesaria “adecuación entre la oferta y la demanda de cualificaciones” de que habla, en nuestro ordenamiento interno, la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. El reto, como reconoce esta Ley, es anticiparse a las necesidades demandadas por las empresas y ofrecer a la población trabajadora una formación ajustada a esas necesidades, y el medio parece ser la formación para el

⁴² Como se mantiene en FIFE, “Por un marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo Fide sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, p. 2.
http://www.fidefundacion.es/Publicadas-las-Conclusiones-alcanzadas-por-el-Grupo-Fide-Por-un-nuevo-marco-legislativo-laboral_a423.html

⁴⁴ Según el documento de la Comisión Europea “Empresa. Una nueva revolución Industrial” de 2014, en el siglo XXI el peso de la industria ha disminuido en Europa. El objetivo que se propone la UE es invertir esta tendencia a la baja, desde el nivel actual del 15,6 % del PIB de la UE, hasta el 20 % en 2020. Para ello, la Comisión propone una serie de medidas prioritarias con el fin de fomentar la inversión en nuevas tecnologías, mejorar el entorno empresarial, el acceso a los mercados y a la financiación, especialmente en el caso de las PYME, y garantizar que los trabajadores posean las competencias que necesita la industria. https://europa.eu/european-union/file/478/download_es?token=EVcZSbTC

⁴⁵ En este sentido, Memoria del Director General, Informe 1 “La iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo”, Conferencia Internacional de Trabajo, 104ª, reunión, 2015, (ILC.104/DG/I) p.14

⁴⁶ Expresión utilizada en FIFE, “Por un marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo Fide sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, p. 2.
http://www.fidefundacion.es/Publicadas-las-Conclusiones-alcanzadas-por-el-Grupo-Fide-Por-un-nuevo-marco-legislativo-laboral_a423.html

⁴⁷ De lo que hablaba ya M.E. Casas Baamonde, “Las transformaciones del derecho del trabajo y el futuro del trabajo” en M.R. Alarcón Caracul y M.M. Mirón Hernández (coords) *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, 2000, p. 191.

⁴⁸ Como se dice en la Memoria del Director General, recogida en el Informe “La iniciativa del centenario relativo al futuro del trabajo”, Conferencia Internacional de Trabajo, 104ª, reunión, 2015, (ILC.104/DG/I) p.15,

empleo⁴⁹. Y esa formación debe dirigirse al menos en igual medida a los trabajadores desempleados y a los que tienen un empleo

Parece adecuado que las empresas asuman un papel protagonista en la programación de la formación de sus trabajadores (como propone el capítulo III de la Ley 35/2015) Según la Ley 35/2015, esta actuación, que sin duda tiene sentido en cuanto satisface las necesidades de adaptación, cualificación y empleabilidad de los trabajadores, está llamada a ser “la herramienta principal para ofrecer una respuesta inmediata a las necesidades cambiantes de los sectores y reforzar su capacidad de innovación”. Sólo la formación en conjunción con la experiencia, ayudan a descubrir oportunidades de innovación.

⁴⁹ A tal efecto, el art. 5 de la Ley 30/2015 prevé la elaboración con la participación, entre otros, de las comunidades autónomas, las organizaciones empresariales y sindicales, la organización de los trabajadores autónomos y de economía social, “de un escenario estratégico plurianual, referente a la programación de toda la formación que se imparta en el sistema”. Este escenario plurianual de planificación estratégica incorporará las tendencias y previsiones económicas lo que, junto al análisis de las cualificaciones de los trabajadores, permitirá identificar los objetivos de atención prioritaria. Este escenario también incluirá una proyección plurianual estimativa de la financiación pública para atender a las necesidades formativas de empresas y trabajadores.